



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

11. mai 2021

Vår referanse

2021/20

Saksbehandler

Mona Ekelund

VEDTAK NR 63/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 06.05.2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Marianne Pedersen, Virke

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som hjelpepleier i stilling på 57,24 prosent i B kommune, for tiden i Sykehjemsetaten med tjenestegjøring ved X.

Den 31.12.2020 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 05.01.21. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet skyldtes begrensninger med hensyn til antall arbeidssteder under covid-19 pandemien.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda 20.01.2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 20.01.2021
- brev datert 09.03.2021
- brev datert 26.03.2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 19.03.2021
- brev datert 23.06.2021

Arbeidsgiver har i telefonsamtale 30.04.2021 opplyst at de anser jevnlighetsvilkåret som oppfylt dersom nemnda kommer til at de anførte vaktene tas med i beregningsgrunnlaget. Videre opplyste arbeidsgiver at opplæringsvakter ikke anses som merarbeid fordi det er vakter der arbeidstaker har mottatt opplæring og gått utenpå ordinær bemanning.

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har krav på 16 prosent stillingsøkning.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at ekstravakter utført etter utbruddet av pandemien i mars 2020 og ut beregningsperioden var avtalt i forkant, og derfor ikke kan danne grunnlag for krav etter § 14-4 a. Tre vakter der hun har mottatt opplæring ved et annet sykehjem i etaten anses ikke som merarbeid.

For å unngå at arbeidstakere utfører arbeid på flere arbeidsplasser under pandemien har arbeidsgiver fulgt sentrale retningslinjer og i dialog med organisasjonene gitt arbeidstakere med ekstravaktavtale utenom virksomheten mulighet til å jobbe det tilsvarende på sin faste arbeidsplass. A har jobbet ekstra ved X og hos en annen arbeidsgiver, uten at arbeidsgiver vet hvor, men det skal være innenfor helse- og omsorg.

SMS-utveksling viser at ekstravaktene var mer formalisert enn det som følger av en alminnelig rammeavtale i det begge parter var innforstått med et omfang på 6-7 vakter i måneden. At A unntaksvis ikke har arbeidet dette omfanget skyldes at hun ikke har takket ja til tilbudte vakter eller har vært fraværende/syk. Det hun har jobbet ekstra før pandemien har arbeidsgiver oppfattet var en ønsket ordning slik at hun kunne sjonglere og tilpasse ekstravaktavtalen med sin ekstrajobb utenfor etaten.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-4 a annet ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Arbeidsmiljøloven § 14-4 a fastsetter at deltidsansatte som de siste 12 måneder jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 31.12.2020. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 31.12.2019 til og med 30.12.2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 274 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Arbeidsgiver anfører at ekstravakter ved X var forhåndsavtalt og at opplæringsvakter ved et annet sykehjem i etaten ikke er å anse som merarbeid. Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder dermed hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover arbeidstakers formelle stillingsandel. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt øvrig arbeid som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrenser imidlertid kriteriets anvendelsesområde mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Arbeidsgiver har anført at tre vakter ved et annet sykehjem i etaten på til sammen 19,5 timer ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi det er vakter der arbeidstaker har mottatt opplæring og gått på toppen av vanlig bemanning.

Nemnda viser til forarbeidene (Prop. 83 L (2012-2013)) hvor departementet uttaler: «Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen skal derfor gjelde uavhengig av om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet.» Nemnda finner etter dette ikke grunnlag for at opplæringsvakter skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Nemnda tar derfor disse timene med i beregningen i

samsvar med tidligere praksis, se for eksempel vedtak 110/20. Nemnda viser også til vaktoversikten som arbeidsgiver har sendt inn, der de aktuelle timene er oppført som overtid/ekstraarbeid for A.

Arbeidsgiver har anført at de øvrige merarbeidsvaktene, i alle fall fra ca. mars 2020 var avtalt arbeidstid på grunn av spesielle omstendigheter i forbindelse med utbruddet av pandemien og viser til muntlig avtale om 6-7 ekstravakter per måned og sms-utveksling.

I denne vurderingen har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Dahlstrøm har etter en konkret vurdering kommet til at vaktene skal inngå i beregningsgrunnlaget. Etter flertallets oppfatning bærer vaktene preg av å være typiske ekstravakter og må derfor anses som arbeid utover avtalt arbeidstid. Flertallet viser til at arbeidsgiver opplyser at det ikke er inngått noen skriftlig avtale om vaktene utover sms-utvekslingen og at arbeidstaker har takket nei til en del av vaktene slik at omfanget varierer mellom 1-6 vakter per måned. Flertallet mener sms-utvekslingen mellom partene og den spesielle situasjonen på grunn av pandemiens utbrudd, ikke medfører at man her står overfor en type midlertidig stillingsutvidelse som forarbeidene viser til. Flertallet har lagt avgjørende vekt på at det ikke foreligger noen gjensidig forpliktelse mellom partene om omfanget eller tidspunktet for merarbeidet som gir den forutsigbarhet som en midlertidig avtale skal ivareta. Flertallet kan heller ikke se at det er noen markant forskjell i omfanget av arbeidstakers merarbeid før og etter mars 2020 som tyder på at vaktene etter dette er mer forhåndsavtalt enn tidligere. At arbeidstaker tidligere kan ha ønsket en lavere fast stilling av hensyn til fleksibilitet påvirker ikke hvorvidt merarbeidet skal tas med i beregningsgrunnlaget når kravet etter § 14-4 a er fremsatt.

Flertallet har etter dette kommet fram til at samtlige 274 merarbeidstimer skal tas med i beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver har opplyst at de legger til grunn at merarbeidet oppfyller jevnlighetskravet. A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar flertallet utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter flertallets oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 274 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 16,42. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 73,66.

Arbeidsgiver har ikke anført eller dokumentert at behovet for merarbeidet har bortfalt.

Nemndas mindretall, medlemmet Pedersen viser til at det er de reelle forhold som er avgjørende for om det er avtalt en utvidelse av stillingen, og at kravet til skriftlighet i så måte ikke er avgjørende. I dette tilfellet hadde partene en felles oppfatning om at arbeidstaker skulle jobbe 6-7 vakter i måneden, fordi hennes vakter hos biarbeidsgiver falt bort. Sms-utvekslingen mellom arbeidstaker og hennes leder viser at begge parter var innforstått med dette. Etter mindretallet syn forelå det følgelig en enighet om midlertidig stillingsutvidelse. Dette underbygges også av kommunenes retningslinjer som legger opp til at tapte timer skal erstattes hos hovedarbeidsgiver. De avvik som har vært fra dette utgangspunktet har ligget

hos arbeidstaker i denne saken. Ut fra den spesielle situasjonen hvor vaktene her ikke har hatt sitt utspring i arbeidsgivers behov, men primært som en ivaretagelse av arbeidstaker, må dette anses som en tilstrekkelig formalisering til at det tilfredsstiller kravet til midlertidig avtale i denne saken.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 16,42.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

11. mai 2021

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at Tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 annet ledd. Nemndas konklusjon står ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom dette vil virke urimelig, kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 fjerde ledd.